

## **La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano**

**Ciro Santoriello**

1. E così, a fronte delle tante censure e critiche che da tempo gli vengono mosse per la censurabile chiarezza del prodotto del suo lavoro<sup>1</sup>, scopriamo che il nostro legislatore è addirittura capace di indicare al pubblico ministero ed al difensore come devono svolgersi gli esami testimoniali, specie quando questi coinvolgono soggetti facilmente suggestionabili ed influenzabili come i minori.

Non sorprendano queste nostre parole fortemente critiche ed ironiche. Assolutamente inopportuna nel merito e confusa nel contenuto ci pare infatti la previsione del nuovo co. 1-*ter* dell'art. 351 c.p.p. – il cui contenuto è sostanzialmente ribadito poi nel co. 1-*bis* dell'art. 362 c.p.p. con riferimento alle sommarie informazioni raccolte dal pubblico ministero e nel co. 5-*bis* dell'art. 391 *bis* c.p.p. relativamente alle dichiarazioni raccolte dal difensore in sede di investigazioni difensive –, in base al quale “nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale, la polizia giudiziaria [ovvero, per l'appunto, il pubblico ministero ed il difensore], quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero”.

2. Non facciamoci però prendere alla *vis* polemica e dal (pur giustificato) stupore per la fantasia del nostro legislatore ed andiamo con ordine, riassumendo lo stato dell'arte e passando poi ad illustrare quelle che ci sembrano le indiscutibili manchevolezze della riforma.

Come è noto, la legge n. 172 del 1 ottobre 2012 ha dato attuazione - con grave ritardo - alla Convenzione del Consiglio d'Europa - cosiddetta Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 - per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale. Finalità della predetta Convenzione e quindi anche della legge italiana che ne ha curato la ratifica e l'esecuzione è la lotta a tutte le forme di manifestazione del fenomeno della pedofilia: trattasi di obiettivo lodevole e condivisibile che però - come spesso accade - è stato

---

<sup>1</sup> Le osservazioni critiche sulla qualità del prodotto normativo reso da legislatore italiano sono, come è tristemente noto, innumerevoli: cfr., da ultimo e, purtroppo, senza alcuna completezza visto il gran numero di contributi critici dedicati al tema, AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma - Bari, 2010;

perseguito mediante l'inserimento nel sistema penale nazionale di "un confuso ed affastellato insieme di disposizioni, create più per placare l'opinione pubblica di fronte ad una categoria di crimini in crescita – anche grazie alla perpetrazione a mezzo *web* – e che offendono i c.d. soggetti deboli, [senza dar vita ad] un vero e proprio *corpus* normativo organico, capace di produrre quegli effetti concreti che Convenzione e, nel recepirla, legge interna di ratifica si propongono"<sup>2</sup>.

In proposito, è indiscutibile che nella riforma apportata con la legge n. 172 siano presenti interventi normativi necessari e dal contenuto decisamente essente da ogni critica. E' il caso ad esempio delle numerose disposizioni dedicate alla cooperazione internazionale: è infatti opinione comune che "il livello di efficacia delle tutela dei minori dai reati in discorso, è strettamente legata – soprattutto in ragione della velocità ed insidiosità con cui certi fenomeni di pedofilia si realizzano tramite il *web* – al grado di cooperazione che si realizzerà tra gli Stati aderenti alla Convenzione"<sup>3</sup>. Del pari apprezzabile può ritenersi la previsione che invita gli Stati a predisporre una serie di banche dati contenenti elementi relativi ed utili per l'identificazione dei soggetti condannati per reati di tale gravità – circondando peraltro l'istituzione di tale registro di una serie di garanzie e cautele atte a preservarne la segretezza.

Molto più complessa diviene invece la valutazione della riforma quando l'esame venga svolto con riferimento alle innovazioni apportate dal legislatore sul piano processualpenalistico. In primo luogo, è stata introdotta, indipendentemente dalla sussistenza di una situazione di non rinviabilità o di inquinamento probatorio, un'ulteriore fattispecie all'elenco dei delitti nei cui procedimenti può essere avanzata richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minorenne o della persona offesa mag-

---

<sup>2</sup> GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive: dagli obiettivi fissati dalla Convenzione di Lanzarote allo spirito della novella*, in *Codice di procedura ipertestuale*, a cura di GAITO, Torino, di prossima pubblicazione.

Per altri commenti sulla novella cfr. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Psicologo, valido aiuto nell'attività informativa*, in *Guida Dir.*, 2012, 43, 104; CASTELLANETA, *Con l'incrocio dei diversi strumenti di cooperazione rafforzate le possibilità per estradare i colpevoli*, *ivi*, 75; FIORENTIN, *Scatta il divieto di avvicinarsi a luoghi determinati*, *ivi*, 106; ID., *Trattamento penitenziario per i sex-offenders*, *ivi*, 110; FORLENZA, *Il ministero dell'Interno diventa l'autorità nazionale responsabile della gestione dati sui delitti sessuali*, *ivi*, 79; CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); DE MARTINO, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote e tutela dei minori vittime del reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della nuova Direttiva 2012/29/UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); RUSSO, *L'abuso sui minori dopo Lanzarote*, Milano 2012.

<sup>3</sup> Ancora GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive*, cit..

giorenne<sup>4</sup>: infatti, il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p. prevede che «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1».

Sul fronte della libertà personale, poi il legislatore domestico è intervenuto sul testo dell'art. 282-*bis* c.p.p., ampliando il catalogo dei reati per i quali è possibile applicare la cautela dell'allontanamento dalla casa familiare. In particolare detta misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280 c.p.p. - ovvero nel caso in cui sia prevista la reclusione superiore nel massimo a tre anni - e nel medesimo senso si pongono le novità introdotte in tema di arresto obbligatorio in flagranza che hanno ampliato i delitti per i quali è possibile adottare la misura precautelare in discorso.

Sostanzialmente esente da critiche ci sembra possa andare anche l'introduzione di nuovi limiti oggettivi alla definizione del procedimento penale a mezzo di applicazione di pena per i delitti che interessano la Convenzione di Lanzarote, mediante una preclusione oggettiva. Trattasi, infatti, di una previsione che si iscrive in un più ampio contesto finalizzato a inasprire il trattamento nei confronti dei soggetti condannati per tali reati.

3. Il punto dolente della riforma, però, attiene alla rilevante innovazione in materia probatoria, cui si è sopra accennato e che sinteticamente può dirsi consistere nella previsione della necessaria presenza di un esperto in psicologia o psichiatria infantile nei casi di raccolta unilaterale (da parte di polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore) delle dichiarazioni di un minorenni, indipendentemente dal fatto che questi assuma lo *status* di persona informata sui fatti o di persona offesa nell'ambito delle investigazioni per cui si procede<sup>5</sup>.

E' bene sottolineare, peraltro, che tale disciplina - salvo quanto si dirà successivamente in ordine alle conseguenze della sua inosservanza - pare destinata

<sup>4</sup> Su cui INSOM, *I nuovi confini dell'incidente probatorio*, in *Codice di procedura*, cit.

<sup>5</sup> In proposito, ALESSANDRUCCI, *L'intervento degli esperti in psicologia o psichiatria infantile nell'assunzione delle dichiarazioni rese unilateralmente dal minore a P.G., P.M. e difensore*, in *Codice di procedura penale*, cit.

ad operare non solo per il futuro ma riverbera i suoi effetti anche in relazione ad audizioni di minori svolte prima dell'entrata in vigore della legge n. 17e del 2012 ed a cui non abbia partecipato l'esperto. In relazione a tali testimonianze raccolte unilateralmente dalla parte processuale in assenza di uno psicologo o psichiatra infantile, potrebbe da un lato sostenersi che ci si trova innanzi ad una prova assunta in violazione di uno specifico divieto, per quanto la causa sia sopravvenuta rispetto alla relativa acquisizione, prova perciò inutilizzabile ai sensi dell'art. 514 c.p.p., oppure, alternativamente, che la prova sia stata legittimamente assunta ed acquisita al fascicolo del dibattimento: a nostro parere, la risposta però dovrebbe essere nel senso di una inutilizzabilità dell'atto istruttorio sulla cortea di un insegnamento delle sezioni unite della Cassazione secondo cui "qualora nel corso del processo si verifichino innovazioni in materia di utilizzabilità o inutilizzabilità della prova, il principio *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione della prova, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità di questa a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l'osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso nel giudizio"<sup>6</sup>.

A prescindere da tale profilo – su cui si tornerà meglio in seguito quando si verificherà se davvero il mancato ricorso all'esperto per l'assunzione dell'atto istruttorio determina davvero l'inutilizzabilità del medesimo – occorre soffermarsi sullo scopo della innovazione normativa in discorso. Evidentemente ed maniera in astratto condivisibile, con tale previsione il legislatore ha inteso individuare i presupposti per assumere una dichiarazione meno condizionata possibile dalle modalità con le quali si "interroga" il soggetto fonte di informazioni<sup>7</sup>; è stato detto, perciò, che da un lato "questa disposizione è coerente

<sup>6</sup> Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. Pen.*, 1998, 1951.

<sup>7</sup> Nel senso che il minore è condizionato ovvero è condizionabile da parte degli adulti, Cass., Sez. IV, 1 dicembre 2011, F.R., in *Mass. Uff.*, n. 251661, ove si afferma che «il bambino è soggetto suggestionabile e, se escusso con metodiche non corrette e con domande suggestive, tende ad "adeguarsi alle aspettative" dell'interlocutore ed a riferire quello che l'adulto si aspetta; inoltre, i bambini piccoli hanno una memoria malleabile e possono incorporare nel proprio patrimonio mnemonico le informazioni ricevute dagli intervistatori sino a crearsi falsi ricordi autobiografici».

Nel senso che spesso il minore non riesce a raccontare in una sola seduta ciò che è accaduto e la rappresentazione emerge solo a seguito di ripetute rivisitazioni e narrazioni, non sempre concordanti, per cui il fanciullo riesce a far riemergere dai suoi ricordi, confusi tra gioco e realtà, l'episodio soltanto dopo che ha allacciato un legame empatico con il suo interlocutore, con la conseguenza che tutte le attività indirizzate alla tutela dei minori vittime nel procedimento penale «dovrebbero essere permeate da un

con la previsione della competenza della procura distrettuale [in relazione alle indagini per tali delitti]... per la necessità di creare una competenza specifica per il loro contrasto, [essendo tali illeciti] molto spesso realizzati con sofisticate tecnologie che richiedono altrettanta preparazione da parte di magistrati inquirenti e polizia giudiziaria”<sup>8</sup>, e dall’altro che la suddetta impostazione – la quale, come accennato, riverbera i suoi effetti in tre articoli del codice di procedura, ovvero gli artt. 351, 361 e 391-*bis* – risponde alla *ratio* della Convenzione e cioè offrire «un’adeguata tutela dei diritti del minore, sia come vittima che come testimone, garantendo a costui anche un’assistenza psicologica durante i colloqui che si svolgono qualora venga chiamato a rendere dichiarazioni»<sup>9</sup>.

L’ausilio di un esperto quale lo psicologo o lo psichiatra si prefigge in sostanza di fungere da tramite tra la giustizia e la presunta vittima, facilitandone l’audizione al fine di rendere la disposizione pienamente utilizzabile per la decisione finale garantendo altresì le necessarie tutele del minore. Quest’ultimo, infatti, nella normalità dei casi quando rende la testimonianza viene «sollecitato da parte dell’esaminatore attraverso le domande; questi quesiti, per il modo in cui sono formulati, possono non essere compresi appieno dal bambino il quale, quindi, potrà rispondere non alla domanda formulata dall’adulto, ma a quella da lui stesso decodificata. Alcune domande, dunque, possono essere non adeguate ad esplicitare una narrazione attendibile, in quanto formulate in modo inadatto per le capacità di comprensione di un certo bambino»<sup>10</sup>.

Se queste sono le finalità che si intendeva raggiungere, ben poco convincenti ci sembrano però le modalità e gli strumenti utilizzati.

Intanto il plauso dai più riservato a questa disposizione non ci sembra giustificato dalla circostanza che l’innovazione rappresenterebbe un ossequio alla

---

approccio ampio e globale che comprenda la prevenzione della vittimizzazione ripetuta dei minori e anche la vittimizzazione secondaria, mediante forme di sostegno al minore vittima nelle varie fasi del procedimento» (*Children in the Union - Right and Empowerment* (C.U.R.E.), 64, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)).

In dottrina, per approfondimenti, ALESSANDRUCCI, *L’intervento degli esperti*, cit.; CODOGNOTTO, MAGRO, *La testimonianza del minore*, Santarcangelo di Romagna, 2012; PAZÈ, *L’ascolto*, in *Minori in giudizio. La convenzione di Strasburgo*, a cura di CONTRI, Milano, 2012; SIRACUSANO, *Indagini difensive e “persona informata” di minore età*, in *Il minore come fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2008.

<sup>8</sup> GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive*, cit..

<sup>9</sup> CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull’ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>10</sup> CODOGNOTTO, MAGRO, *La testimonianza del minore*, cit., 36.

volontà del legislatore sovranazionale. L'art. 35 della Convenzione, intitolato "Colloqui con il bambino", invita ciascuno stato contraente a fare in modo che "i colloqui con il bambino vengano condotti da professionisti addestrati a questo scopo", ma certo non impone che questi professionisti debbano rivestire la qualifica indicata dal legislatore italiano e soprattutto che siano soggetti esterni all'amministrazione della giustizia e non invece appartenenti alla polizia giudiziaria ed al limite anche pubblici ministeri forniti di particolari competenze e specializzazioni<sup>11</sup>.

Certo potrebbe replicarsi che questa considerazione non è sufficiente a giustificare la nostra critica alla riforma in discorso, sull'opportunità della quale in effetti nessuna incidenza ha la circostanza che la previsione sia stata introdotta per scelta autonoma ed indipendente dal legislatore italiano. Tuttavia, non può andare esente da biasimo la circostanza che il Parlamento motivi una innovazione normativa così rilevante ed incidente sulla funzionalità della giustizia richiamando il contenuto di una Convenzione internazionale che invece tace sul punto; al di là di ciò comunque, come ora vedremo, ben altre ci paiono le carenze della innovazione.

In primo luogo non si comprende perché il Parlamento, una volta ritenuta l'audizione del minore attività istruttoria delicata e difficile, il cui esito cognitivo può essere assai influenzato dalla modalità con cui l'esame è condotto, abbia ritenuto di dover richiedere la necessaria presenza di un esperto all'esame del ragazzo solo quando tale atto istruttorio sia svolto in procedimenti per i reati previsti dagli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* e 609-*undecies* del codice penale. Forse che secondo il legislatore italiano un minore è suggestionabile solo quando esaminato con riferimento a vicende che involgono la sfera della sessualità, mentre la sua deposizione è acquisibile senza alcuna problematicità quando il titolo del reato per cui si procede è diverso? In sostanza, un minore deve essere interrogato alla presenza di uno psichiatra o di un psicologo quando deve riferire di un episodio di toccamenti - magari di rilevanza non eccessiva - subiti da una sua amica da parte di un adulto, mentre diventa capace di rendere dichiarazioni asettiche ed assolutamente credibili quando deve riferire di un brutale omicidio cui ha inciden-

---

<sup>11</sup> Peralto, sempre per rimanere in sede di elaborazione di accordi internazionali, la stessa Carta di Noto - presumibilmente il documento più rilevante in materia di definizione delle modalità per una corretta audizione del minore - non indica come irrinunciabile la presenza, al momento dell'esame del minore, di un soggetto fornito di particolari competenze ed estraneo agli uffici inquirenti, ma si limita ad evidenziare quali siano le metodologie più opportune per procedere all'atto istruttorio.

talmente assistito e deve raccontare di quanti colpi di coltello sono stati inferti alla vittima, di quanto la stessa ha sofferto prima di morire, di quando sono arrivati i soccorsi, deve riconoscere con certezza l'assalitore, ecc.; del pari, secondo il legislatore, quando il pubblico ministero e la polizia giudiziaria indagano su fatti di violenza sessuale la loro capacità di esaminare il minore si affievolisce in maniera tale da rendere necessaria la presenza di un esperto, mentre quando il medesimo minore è sentito quale teste per altre vicende nessun coinvolgimento emotivo e nessun erroneo approccio psicologico deve attendersi dagli organi inquirenti, che in alcun modo potranno incidere sul contenuto della deposizione testimoniale<sup>12</sup>.

Peraltro, se le suddette disposizioni delimitano in maniera arbitraria ed incomprendibile il proprio ambito di rilevanza<sup>13</sup>, il legislatore ne ha poi previsto una sfera applicativa assolutamente ampia ed ultronea sotto un altro profilo, assumendo la necessità di una presenza dell'esperto ogni qualvolta venga sottoposto ad esame un minore, quale che sia la sua condizione e maturità, quale che sia il suo grado di partecipazione ed interesse alla vicenda per cui si

---

<sup>12</sup> La fondatezza di tali perplessità si giustifica anche in ragione del fatto che l'esame "protetto" del minore non è previsto nemmeno allorché si proceda per il reato di maltrattamenti in famiglia.

Tale omissione ci sembra ingiustificata e criticabile per due ordini di ragioni. Da un lato, in tali procedimenti la testimonianza del minore è spesso tanto decisiva quanto facilmente influenzabile: si pensi, infatti, a quali pressioni può essere sottoposto un bambino che debba riferire delle percosse e delle ingiurie subite da uno dei suoi genitori ai danni dell'altro o comunque debba riferire dello stato di rapporti fra i suoi genitori.

Dall'altro, la similitudine – sotto il profilo della delicatezza e della particolare connotazione dell'attività istruttoria – corrente fra i reati in materia sessuale ed il delitto di maltrattamenti ci pare essere stata riconosciuta dallo stesso legislatore italiano, il quale nel comma 1-*bis* dell'art. 392, nell'indicare i delitti nei cui procedimenti può essere avanzata richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minorenne o della persona offesa maggiorenne a prescindere da ogni ragione di urgenza ed indifferibilità, considera tanto le violazioni degli artt. 600-*bis* e seguenti che la fattispecie di cui all'art. 572 c.p.: or bene, una volta riconosciuta tale analogia fra delitti a matrice sessuale e le violenze familiari – analogia tale da consentire in entrambi i casi il ricorso ad una procedura anticipata di acquisizione probatoria –, ci pare che la medesima similitudine in tema di disciplina istruttoria la si sarebbe dovuta mantenere con riferimento all'audizione del minore in assenza di contraddittorio con la controparte processuale – e quindi, per coerenza logica, si sarebbe dovuto prevedere il ricorso alla presenza dell'esperto anche quando l'esame testimoniale concerne il reato di cui all'art. 572 c.p..

<sup>13</sup> Nel senso che qualsiasi deposizione testimoniale si espone al rischio di vedere il suo contenuto condizionato dalle modalità con cui l'esame è condotto, cfr. Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, B., in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), secondo cui va esteso al giudice, nei casi in cui possa svolgere l'esame diretto, il divieto di rivolgere al testimone domande suggestive senza distinzione tra testimone adulto o minorenne e senza differenziare a seconda della tipologia di reati per cui si procede; viene dunque da domandarsi perché il legislatore ha inteso recedere da tale impostazione.

Per una riflessione in parte analoga e relativa alla analogia, in tema di istruttoria probatoria, fra i delitti in materia sessuale e fatti di maltrattamenti, cfr. INSOM, *I nuovi confini*, cit.

procede e quale che sia la sua età - essendo irrilevante, insomma, che il teste abbia quattro anni o diciassette anni ed undici mesi. Si dirà che secondo la Convenzione di Lanzarote, cui la legge n. 172 ha dato attuazione, gli Stati devono adottare «le misure legislative o di altro genere necessarie a prevenire tutte le forme di sfruttamento e abuso sessuali riferiti a bambini e per proteggere questi ultimi» (art. 4 della Convenzione) e che in base a tale accordo internazionale per bambino deve intendersi «ogni persona di età inferiore ai diciotto anni» (art. 3 della Convenzione); da ciò conseguirebbe che le norme riferite ai bambini o ai minori devono trovare applicazione fino a che il soggetto non abbia raggiunto la maggiore età.

Evidente però ci sembra l'equivoco cui soggiace tale considerazione. La Convenzione di Lanzarote infatti definisce il concetto di minore con riferimento al soggetto bisognoso di protezione ed a tutela del quale si intendono approntare misure di carattere preventivo mediante l'istituzione di «un meccanismo di monitoraggio specifico» (art. 1 della Convenzione) che consenta agli Stati parte di adottare «le misure legislative o di altro genere necessarie a prevenire tutte le forme di sfruttamento e abuso sessuali riferiti a bambini e per proteggere questi ultimi». L'individuazione delle modalità con cui procedere ad audizione del minore risponde invece a finalità del tutto diverse - ovvero garantire la genuinità del dato probatorio fornito dal teste - e rispetto a tale prospettiva diventa risibile equiparare in termini generali, assoluti e non revocabili in dubbio la capacità e la maturità di un bambino di pochi anni a quella di un ragazzo diciassettenne e ritenere che l'audizione di entrambi possa portare ad attendibili risultanze cognitive solo se condotta con l'ausilio di uno psicologo o psichiatra.

Considerazioni di questo genere non ci paiono troppo eccentriche né rispetto all'opinione della comunità scientifica internazionale né difforni rispetto all'impostazione che alla tematica fornisce - o quanto meno forniva fino al momento dell'entrata in vigore della riforma - il nostro codice di procedura penale.

Sotto il primo profilo, tanto la Corte di Giustizia CE che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur riconoscendo entrambe che il *narratum* del minore non può mai considerarsi al pari del contributo dato da un testimone *tout court* essendo la persona minorenni un soggetto a rischio in quanto immaturo e vulnerabile, hanno ribadito più volte come sia comunque necessario evitare l'adozione di criteri di valutazione aprioristici, dovendosi considerare l'età del minore, la natura e le conseguenze delle infrazioni di cui ritiene essere stato vittima, le sue condizioni socio-economiche e culturali nonché la si-



tuazione di sudditanza e soggezione nei confronti dell'autore del reato<sup>14</sup>. Sotto il secondo profilo, l'impostazione assunta dalla novella si pone in evidente contraddizione con l'intero *corpus* normativo presente nel codice di procedura penale. In proposito va ricordato che tanto in sede predibattimentale quanto in giudizio il minore può assumere senz'altro la veste di testimone - con i soli limiti fissati dall'art. 120 c.p.p.<sup>15</sup> - disponendo l'art. 196, co. 2, c.p.p. semplicemente che il giudice può discrezionalmente disporre gli accertamenti necessari al fine di saggiare l'idoneità fisica o mentale dello stesso in relazione al suo obbligo di deporre testimonianza. Ciò significa che nel disegno originale del nostro processo penale l'età di un teste non incide sulla sua capacità a testimoniare, bensì solo sulla valutazione della sua testimonianza e quindi sulla sua attendibilità: in tale prospettiva si situa lo speciale regime dettato dall'art. 498, co. 4, c.p.p. per l'esame del minore, affidato al presidente dell'organo giudicante e condotto sulla base di domande e contestazioni proposte dalle parti, eventualmente con l'ausilio di un familiare o di un esperto psicologo<sup>16</sup>, salva la facoltà di consentire la deposizione in forma ordinaria quando l'esame diretto non possa nuocere alla serenità del teste. Dopo la riforma in commento, invece, si giunge all'esito paradossale che secondo il legislatore nazionale la deposizione di un teste maggiorenne ma afflitto da evidenti *deficit* cognitivi mentali o di memoria va raccolta senza alcuna particolare cautela dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria o dal difensore, salvo poi dover il giudice valutare l'attendibilità e fondatezza delle relative dichiarazioni alla luce delle personali e concrete condizioni e caratteristiche del teste; di contro, le dichiarazioni di un minore, invece, quando rese in procedimenti aventi ad oggetti fatti a connotazione sessuale, stante il rischio di una

<sup>14</sup> C. Giust. CE, 16 giugno 2005, Pupino, in [www.dirittouomo.it](http://www.dirittouomo.it). Si veda anche Corte eur. dir. uomo, 26 luglio 2005, Siliadin c. Francia, in [www.coe.it](http://www.coe.it).

In dottrina ALESSANDRUCCI, *L'intervento degli esperti*, cit..

<sup>15</sup> Il quale non contiene alcun divieto alla testimonianza dei minori, ma si limita a stabilire che i minori degli anni quattordici e gli altri soggetti appartenenti alle categorie specificamente indicate (infermi, ubriachi, intossicati per sostanze stupefacenti, sottoposti a misure di sicurezza detentive o di prevenzione) non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento. Si fissa in tal modo una generale inidoneità delle persone catalogate ad assolvere alla funzione di garanzia che la legge prevede per il compimento di determinate attività (le ispezioni e le perquisizioni, ad esempio), nelle quali l'interessato ha diritto di farsi assistere da persona di fiducia.

<sup>16</sup> Eventualmente appunto e non in maniera univoca ed incondizionata: cfr. Cass., Sez. III, 29 aprile 2003, Lombisani, in *Guida Dir.*, 2003, 25, 84.

In dottrina, nel senso che l'applicazione di tale disposizione è rimessa solo al prudente apprezzamento del giudice in relazione al superiore interesse del minore, prescindendo dal tipo di reato per cui si procede: DI MARTINO, PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 2010, 266.

sua suggestionabilità, non possono essere raccolte se non in presenza di un soggetto esperto, anche se il deponente è un ragazzo ormai maturo, prossimo alla maggiore età, fornito di adeguata cultura e capacità di leggere i fatti della vita.

Insomma, secondo il nostro legislatore, quando un giovane parla di sesso - e solo quando parla di sesso - diventa facilmente influenzabile, perde le proprie ordinarie capacità di elaborazione e riflessione, dipende, nel contenuto della sua esposizione, dalla condotta dei suoi interlocutori. Lo abbiamo detto: da tempo il Parlamento italiano non dà buona prova della sua capacità di normazione, ma che fosse così sessuofobico non ce l'aspettavamo.

4. Se perplessità si pongono con riferimento alla definizione della sfera di applicazione delle norme di cui agli artt. 351, 362 e 391-*bis* c.p., ancora maggiori sono le considerazioni critiche che possono farsi con riferimento al ruolo processuale da riconoscersi all'esperto che deve presenziare all'esame del minore.

In proposito, le disposizioni predette affermano semplicemente che quando occorre assumere sommarie informazioni da persone minori, ci "si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile", nominato dal pubblico ministero o scelto dal difensore, senza precisare a quale titolo tale soggetto debba partecipare, quale debba essere la sua funzione e quale contributo possa e ci si debba aspettare dallo stesso. Orbene, nel silenzio del legislatore ci pare di poter asserire che alle audizioni testimoniali possano partecipare - accanto alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero o unitamente al difensore - solo soggetti che nello svolgimento di tale attività istruttoria siano qualificabili quali consulenti o, in alternativa, quali ausiliari della parte processuale: tali figure vanno però esaminate separatamente dovendosi da un lato differenziare la posizione dell'ausiliario da quella del consulente ed essendo necessario dall'altro considerare le peculiarità che si pongono a seconda del soggetto - ovvero polizia giudiziaria, pubblico ministero o difensore - che conduce l'esame.

Nel caso in cui l'esame sia condotto dalla polizia giudiziaria, da sempre la giurisprudenza riconosce alle forze dell'ordine la possibilità di nominare un ausiliario - ed anzi diverse pronunce si riferiscono proprio all'ipotesi in cui tale nomina venga effettuata per procedere all'esame di un minore<sup>17</sup> -, evidenziando peraltro che in tali circostanze "il ricorso alla collaborazione di ausiliari

---

<sup>17</sup> Cass., Sez. III, 23 novembre 2011, T., in *Mass. Uff.*, n. 251634.

non richiede che costoro siano individuati con l'osservanza delle forme e delle modalità previste per la nomina del consulente tecnico del pubblico ministero<sup>18</sup>. Tuttavia, questa giurisprudenza non sembra utilmente richiamabile nel caso di specie, posto che la norma espressamente richiede che l'esperto debba essere nominato dal pubblico ministero – previsione la *ratio* non pare facilmente comprensibile<sup>19</sup>, ma, lo si è detto, la razionalità non pare la cifra precipua dell'intervento normativo in esame – e di conseguenza è alla condotta ed alle scelte di tale magistrato che occorre prestare attenzione.

Il pubblico ministero – sia che svolga egli stesso l'esame sia che l'atto sia assunto dalla polizia giudiziaria – deve dunque rivolgersi ad un esperto ma può farlo attribuendo al medesimo il ruolo di ausiliario o di consulente tecnico. Le differenze tuttavia non sono di poco conto, giacché – come insegna costante giurisprudenza – solo il secondo può essere citato a dibattimento (e non solo dalla Procura ma anche dalle altre parti private) quale teste, mentre l'ausiliario dell'organo investigativo non può rivestire tale ruolo<sup>20</sup>; ciò significa dunque che gli uffici inquirenti potrebbero attribuire al cosiddetto esperto la funzione di ausiliario che assiste e procede alla redazione degli atti in base a quanto previsto dall'art. 373, co. 6, c.p.p. e rendere così tale soggetto incompatibile rispetto all'ufficio di testimone secondo quanto disposto dall'art. 197, lett. d)<sup>21</sup>. Ecco dunque che mediante questa semplice scelta, apparentemente rimessa alla discrezionalità del pubblico ministero<sup>22</sup>, costui può sottrarre al materiale cognitivo del giudice una fonte di prova e rendere in tal modo completamente irrilevanti ed inoperanti nella pratica le innovazioni contenute

<sup>18</sup> Cass., Sez. III, 5 marzo 2009, Schiavone, in *Mass. Uff.*, n. 243462.

<sup>19</sup> Molto meglio sarebbe stato prevedere che la polizia giudiziaria dovesse rivolgersi solo a soggetti iscritti in un apposito albo di psicologi e psichiatri abilitati a partecipare all'atto istruttorio in discorso. Infatti, è tutt'altro che infrequente che l'esame del minore debba essere svolto con urgenza e senza possibilità di programmare la data di assunzione, con le conseguenti difficoltà di contattare il pubblico ministero ed attendere la nomina dell'esperto da parte del magistrato inquirente nei termini ristretti ed impellenti che spesso caratterizzano tali attività investigative.

<sup>20</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. V, 14 gennaio 2005, Spagnolo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 231703.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 14 gennaio 2005, Spagnolo ed altri, cit.; Cass., Sez. II, 26 marzo 2003, Gliori, in *Mass. Uff.*, n. 225741.

<sup>22</sup> Nel senso che però "l'esperto non possa essere qualificato quale "ausiliario" in senso tecnico, posto che con tale espressione si vuole far riferimento al cancelliere o ad altro funzionario assimilato che svolge attività di segretario o assistente del giudice, *rectius* dell'autorità procedente (artt. 125, 126, 135 e 136 c.p.p.)", INSOM, *I nuovi confini*, cit., che richiama la giurisprudenza di legittimità secondo cui l'esperto in psicologia o in psichiatria che abbia partecipato all'assunzione delle informazioni rese dal minore non può considerarsi incompatibile con l'ufficio di testimone (fra le tante, Cass., Sez. III, 3 dicembre 2010, C., in *Mass. Uff.*, n. 249406; Id., Sez. III, 7 aprile 2010, *ivi*, n. 247869; Id., Sez. III, 9 ottobre 2008, Amicarelli, *ivi*, n. 241426).

negli artt. 351, co. 1-*ter* e 362 co. 1-*bis* c.p.p.<sup>23</sup>.

Il pubblico ministero<sup>24</sup>, però, può attribuire all'esperto la qualifica di consulente tecnico, nominando appunto il privato a tale ufficio. Si noti peraltro che il pubblico ministero può pervenire alla nomina dell'esperto quale consulente tecnico secondo una triplice modalità: egli infatti può a) condurre direttamente l'esame e dare in quella sede l'incarico di consulente; b) delegare l'esame alla polizia giudiziaria nominando contestualmente l'esperto quale consulente; c) indicare alla polizia giudiziaria che conduce l'esame l'esperto da nominare quale ausiliario e successivamente conferire a quest'ultimo l'incarico di consulente. E' bene evidenziare che nell'ipotesi considerata per ultima l'esperto - pur indicato in un primo momento quale ausiliario di polizia giudiziaria - può comunque essere poi chiamato a testimoniare in dibattimento, in quanto costante giurisprudenza afferma che "non sussiste incompatibilità alla prestazione dell'ufficio di testimone da parte di soggetto che abbia prestato, nello stesso procedimento, quello di ausiliario della polizia giudiziaria, non potendosi applicare per analogia il disposto di cui alla lettera d) dell'art.197 c.p.p. nel quale si prevede soltanto l'ipotesi della incompatibilità dell'ausiliario del giudice o del pubblico ministero"<sup>25</sup>.

In tale eventualità, tuttavia, si apre un nuovo fronte problematico, posto che davvero non si comprende quale possa essere l'effettivo ruolo ricoperto dallo psicologo o dallo psichiatra infantile nel contesto dell'audizione del minore. In proposito, parte della dottrina ha ritenuto che le modalità attraverso cui la parte processuale può avvalersi dell'ausilio dell'esperto debbano essere individuate nella particolare tecnica di formulazione delle domande, per cui al professionista sarebbe demandato il compito di "tradurre" le domande del difensore o del pubblico ministero in un linguaggio comprensibile al minore, anche allo scopo di evitare la suggestionabilità dello stesso<sup>26</sup>. A fronte di questa pur autorevole opinione sta però il fatto che la giurisprudenza - sia pure con riferimento all'esame dibattimentale condotto dal giudice - ha ormai da tempo chiarito che non sussiste alcuna nullità ove sia il giudice - e non l'esperto - a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale; inol-

<sup>23</sup> Peraltro, evidentemente, medesimo risultato può ottenere il difensore, attribuendo anche egli all'esperto il ruolo di soggetto che assiste alla redazione dell'atto. Infatti, l'art. 197 lett. d) citato riferisce l'incompatibilità all'ufficio di testimone anche a "coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-*ter* c.p.p."

<sup>24</sup> Ed anche il difensore: cfr. nota precedente.

<sup>25</sup> Cass., Sez. II, 26 marzo 2003, Giori, in *Mass. Uff.*, n. 225741.

<sup>26</sup> CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 193.

tre, la stessa Cassazione<sup>27</sup> ha più volte ribadito che l'organo giurisdizionale può senz'altro ignorare i suggerimenti dello psichiatra o dello psicologo, con il che le funzione di quest'ultimo vengono inevitabilmente ad essere "circoscritte all'eventuale ausilio prestato al momento dell'assunzione delle informazioni, non potendo sconfinare nella valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese dal minore, attività demandata esclusivamente al giudice"<sup>28</sup>.

A questo punto, però l'esperto – pur quando risulti elevato al ruolo di consulente – diventa davvero un personaggio in cerca d'autore o un protagonista muto della vicenda. Da un lato, il suo ruolo – e ci mancherebbe – non è certo quello essere di riferire sulla credibilità del minore; dall'altro, le domande al teste non devono essere necessariamente formulate da lui e la sua presenza all'assunzione dell'atto non è affatto indispensabile - a differenza di quanto può sostenersi, ad esempio, con riferimento alla posizione dell'interprete.

Al più lo psichiatra o lo psicologo potrà essere chiamato a coadiuvare la parte, pubblica o privata, nello svolgimento dell'esame, suggerendo quale approccio assumere con il minore, quali domande evitare, quali aspetti della vicenda approfondire ecc.. Attribuendo all'esperto un tale compito, però, lo si spinge verso una progressiva ed innegabile irrilevanza nella scena processuale: per un aspetto, assai di frequente capiterà che i suggerimenti e le indicazioni dello psicologo o dello psichiatra faranno riferimento a prassi e protocolli che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria già conoscono – essendo ormai presente in ogni Procura della Repubblica un *pool* di magistrati ed appartenenti a forze dell'ordine specializzati in tali investigazioni -; dall'altro canto, il pubblico ministero ben potrebbe prescindere dai suggerimenti del consulente posto che l'ossequio a tali avvertenze non è certo indispensabile per lo svolgimento dell'atto.

Proprio quest'ultima circostanza, ovvero la possibilità che le opinioni che l'esperto formula nel corso dell'esame siano bellamente ignorate da chi sta assumendo l'atto – posto che, come detto, la posizione e la rilevanza pratica dello psicologo o dello psichiatra non è certo equiparabile, ad esempio, a quella del traduttore, cui l'inquirente non può mancare di prestare ascolto se vuole, letteralmente, comprendere ciò che gli comunica l'interrogato – apre un ulteriore fronte problematico, nel senso che non si comprende quali siano

---

<sup>27</sup> Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, F., in *Mass. Uff.*, n. 251663; Id., Sez. III, 15 febbraio 2008, G., *ivi*, n. 239003; Id., Sez. III, 21 settembre 2007, Guerini, in *Giur. it.*, 2008, 439 con nota di SAMBUCCO, *In tema di accertamento della violenza sessuale su minore*.

<sup>28</sup> INSOM, *I nuovi confini*, cit..

In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 20 giugno 2007, Tranchida e altro, in *Mass. Uff.*, n. 237539.

le possibilità ed i poteri del consulente nel caso in cui si verifichi questa divaricazione di opinioni fra lui e gli organi inquirenti (o il difensore) ed il primo non intenda rinunciare all'incarico.

Potrebbe in primo luogo sostenersi che l'esperto possa, preso atto del contrasto metodologico con il pubblico ministero e della circostanza che questi ignora le sue indicazioni, abbandonare l'interrogatorio: tale condotta, però, ci sembra possibile solo laddove il consulente scelga di rinunciare al suo incarico, non potendo altrimenti – andando, anzi, in tal caso incontro anche ad eventuali responsabilità penali – allontanarsi dall'esame e quindi rendersi così inottemperante agli obblighi su di lui gravanti dopo la nomina da parte del magistrato. Sulla base di queste considerazioni, potrebbe allora affermarsi che il consulente dovrebbe comunque assistere all'esame del minore, pur condotto in maniera difforme rispetto alle sue indicazioni, per poi riferire delle sue perplessità e delle sue critiche in sede di redazione dell'elaborato finale: in sostanza, il consulente dovrebbe rimanere muto di fronte all'erronea impostazione dialogica del pubblico ministero e della polizia giudiziaria per poi manifestare le sue censure redigendo la consulenza scritta.

Entrambe le possibilità sovra esposte ci paiono però foriere di inconvenienti non da poco. Aderendo alla seconda impostazione, l'esperto sarebbe costretto ad assistere comunque ad un interrogatorio condotto secondo modalità contrarie a quelle che ritiene opportune: il consulente dunque potrebbe sottoporre successivamente a critica l'operato degli inquirenti, ma solo dopo aver in qualche modo partecipato – e consentitone lo svolgimento, a mezzo della sua partecipazione – ad un dialogo con il minore che egli ritiene inopportuno e magari finanche dannoso per la psiche del teste. In alternativa, egli, preso atto della censurabile metodologia con cui è assunta la testimonianza, potrebbe dismettere l'incarico e non assistere oltre all'atto: in questo modo, però, egli scompare dalla scena del processo e le sue critiche rimarranno inesprese e gli inquirenti continueranno a procedere secondo le modalità da loro scelte.

5. A prescindere da quanto affermato al termine del precedente paragrafo, potrebbe tuttavia sostenersi che la presenza all'interrogatorio dell'esperto comporterebbe comunque la possibilità per costui di riferire a mezzo di elaborato sulle modalità di conduzione dell'esame, riferendo se lo stesso si sia svolto in maniera tale da escludere possibili suggestioni, suggerimenti, alterazioni della memoria e delle percezioni del minore. Insomma, il (vero) compito dell'esperto quando se ne prevede la presenza alla raccolta delle dichiara-

zioni del bambino sarebbe quella di riferire - in quanto nominato consulente dal soggetto (pubblico ministero o difensore) che conduce l'esame - sulle modalità, corrette o meno, dello svolgimento dello stesso e quindi, in qualche modo, sulla circostanza che le dichiarazioni verbalizzate provengano da un'elaborazione autonoma del dichiarante e non da condizionamenti ed influenze suggestionanti.

Anche questa ricostruzione - a prescindere dalle incongruenze sopra indicate<sup>29</sup> e senza voler considerare come sia poco plausibile che colui che proceda ad investigazioni nomini un proprio consulente tecnico (non per farsi coadiuvare in tali indagini, ma) per sottoporre a valutazione la propria attività inquirente - si presta però a due considerazioni critiche, una attinente alla effettiva possibilità di sottoporre a giudizio le modalità di svolgimento della testimonianza del minore e l'altra relativa all'inutilità e superfluità della previsione normativa che impone la presenza dell'esperto rispetto agli obiettivi che il legislatore intende perseguire.

Iniziando dal primo aspetto va evidenziato come allo stato - nonostante più voci ne sollecitino l'urgenza<sup>30</sup> - manchino regole precise per lo svolgimento del colloquio con il minore. E' vero che studi di psicologia giuridica e di criminologia hanno da tempo fissato numerose direttive, dalla nota Carta di Noto del 1996, alle Linee Guida S.I.N.P.I.A. (Soc. Italiana di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza), alle Linee Guida Nazionali per l'ascolto del minore testimone del 2010, ma si tratta, tuttavia, di documenti che, nonostante l'indubbio valore scientifico, non hanno efficacia vincolante e sono, di conseguenza, spesso disattese nella pratica. La stessa dottrina evidenzia come "non esistano protocolli standardizzati a cui poter far riferimento in sede di audizione del minore, [potendo al più rivestire qualche utilità] la consultazione del *vademecum* redatto dai professionisti esperti nel campo dei reati contro la libertà sessuale e sensibili al tema della protezione del bambino"<sup>31</sup> e d'altro canto anche i documenti più rilevanti elaborati sul punto in sede internazionale non hanno certo contenuto avente valore normativo ma costituiscono meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso, la tutela dei suoi diritti relazionali, nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo e degli

---

<sup>29</sup> Ovvero, se l'esperto non è d'accordo con la conduzione dell'esame che fa: prende cappello e se ne va?

<sup>30</sup> DE CATALDO NEUBURGER, *L'esame del minore*, in *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, 119.

<sup>31</sup> ALESSANDRUCCI, *L'intervento dell'esperto*, cit..

strumenti del diritto internazionale<sup>32</sup>.

Queste osservazioni consentono dunque di affermare che la valutazione delle modalità con cui è stata assunta la testimonianza del soggetto minorenne presenta sempre un margine di opinabilità considerevole e certo il relativo giudizio non presenta profili di oggettività maggiori per il solo fatto che all'esame del ragazzo abbia partecipato un consulente psicologo o psichiatrico. Detto altrimenti, la presenza di un esperto all'audizione del minore non garantisce l'accordo delle parti processuali circa il corretto svolgimento della stessa perché assai diverse sono le metodiche utilizzabili per procedere alla raccolta di tali dichiarazioni e mutevoli i criteri in base ai quali giudicare della correttezza dell'approccio e del dialogo fra inquirente e minore, essendo a sua volta radicalmente diverse le scuole di pensiero, le prassi operative, i protocolli di intervento che si sono formati – e che si stanno ancora confrontando sul punto.

6. A prescindere da tali considerazioni sulla possibilità di individuare protocolli operativi univoci per procedere all'esame di un minore, di ancora maggior rilevanza ci pare l'osservazione secondo cui lo strumento individuato dal legislatore – ovvero la necessaria presenza di un esperto all'audizione del ragazzo – è decisamente ultronea e non necessaria per il perseguimento degli scopi che con tale innovazione si intendono raggiungere.

In proposito va ricordato come unico compito che può attribuirsi al cosiddetto esperto sia quello di riferire – a mezzo di un suo elaborato – sulle modalità con cui l'audizione del minore è stata condotta, evidenziando in particolare se nell'esame testimoniale sono state poste domande suggestive, se il ragazzo è stato influenzato nell'elaborazione delle proprie affermazioni e nella prospettazione delle sue risposte ecc.. Orbene, per consentire all'esperto di esprimere tale opinione non è però in alcun modo necessario che lo stesso abbia partecipato all'esame – né tanto meno prevederne come obbligatoria la presenza, ma è sufficiente che questo consulente tecnico possa verificare – anche in un momento successivo – come l'audizione è stata condotta: evidentemente per approdare a tale giudizio il consulente non può limitarsi ad un semplice lettura del verbale redatto da chi ha proceduto all'assunzione della testimonianza, ma al contempo è più che sufficiente che egli veda il video dell'interrogatorio: in sostanza, se si vuole sottoporre a valutazione da parte di un soggetto particolarmente competente le modalità con cui è stato condotto l'esame del mi-

---

<sup>32</sup> *Ex plurimis*, Cass., Sez. III, 10 aprile 2008, G., in *Mass. Uff.*, 239879; Id., Sez. III, 27 gennaio 1998, Cerutti, in *Mass. Uff.*, n. 210329.



nore nulla impone che tale soggetto partecipi all'atto, ma è più che bastevole che – dopo la verbalizzazione della testimonianza – l'esperto guardi il video della stessa e si formuli così la propria opinione.

Anche in questo caso, *nihil sub sole novum*. Il suggerimento di ricorrere alla videoregistrazione non proviene certo da una nostra intuizione ma è quanto ribadiscono in più occasioni le diverse Carte internazionali che sono intervenute in materia. La Carta di Noto raccomanda di videoregistrare le audizioni per valutare adeguatamente anche i comportamenti non verbali assunti dal teste nonché per consentire una massima contrazione degli ascolti, cercando di contenere la durata e le modalità del colloquio in tempi rapportati all'età e alle condizioni emotive del minore, nel rispetto comunque dei diritti processuali delle parti, prevedendo poi che tutto il materiale videoregistrato vada acquisito agli atti al fine di valutarne la rispondenza ai requisiti di validità. La stessa Convenzione di Lanzarote – che, come detto, non fa menzione di esperti che devono partecipare all'esame – all'art. 35 punto 2 prevede che “ciascuna parte adotterà i necessari provvedimenti legislativi o di altro genere affinché i colloqui con la vittima, o ove opportuno, con un bambino testimone dei fatti, possano essere oggetto di registrazioni audiovisive e che tali registrazioni possano essere accettate come prova durante il procedimento penale”. Insomma, i dettati internazionali cui il legislatore italiano afferma di voler prestare ossequio richiedono – non la presenza di un esperto all'interrogatorio del minorenne, ma prevedono come indispensabile – la videoregistrazione del colloquio testimoniale proprio perché la visione di tale filmato consentirà al consulente eventualmente nominato e soprattutto alle parti processuali ed al giudice di valutare le modalità di assunzione dell'atto e se la testimonianza possa dirsi scevra da condizionamenti e suggestioni.

Al di là di tali richiami alle Carte internazionali, altre diverse riflessioni supportano l'opportunità di tale scelta. In primo luogo, laddove il consulente venga chiamato a rendere un giudizio sulla spontaneità delle affermazioni del bambino è molto meglio che esprima tale opinione con riferimento ad un atto cui non ha presenziato, piuttosto che rediga una consulenza in cui riasuma e affermi la correttezza di un esame cui ha partecipato in prima persona: in sostanza, anche alla luce delle osservazioni che si sono sopra formulate circa il “difficile” circuito comunicativo che potrebbe instaurarsi fra pubblico ministero (o polizia giudiziaria o difensore) ed esperto nel corso dello svolgimento dell'atto istruttorio, deve ritenersi che il consulente sarà decisamente più “libero” e più convincente nel formulare la sua opinione se la sua valutazione circa l'approccio dell'esaminatore al minore è formulata dopo lo svol-

gimento dell'esame e senza che egli all'esame abbia partecipato - avendo solo visto la videoregistrazione. Anche qui ci supporta la Carta di Noto, secondo cui distinti devono essere gli incarichi ricoperti da chi deve effettuare una valutazione sul minore dall'esperto che, invece, deve eventualmente assisterlo e sostenerlo in ogni stato e grado del procedimento penale - anche se, lo si ribadisce, pure questa carta internazionale attribuisce la decisione finale circa l'attendibilità delle dichiarazioni rese in via esclusiva al solo giudice procedente.

In secondo luogo, la conferma che mediante la visione della videoregistrazione dell'esame del ragazzo è comunque possibile pervenire ad un giudizio circa le modalità - corrette o suggestive - con cui lo stesso è stato condotto è ricavabile, sia pure in via indiretta, prestando attenzione a come il codice di procedura penale dispone debba svolgersi in sede dibattimentale l'assunzione di una testimonianza resa da un minorenne. Come è noto e come si è già accennato, in tale sede processuale l'esame è condotto dal giudice che solo eventualmente si fa assistere da un proprio perito, la cui presenza però - correttamente - non è affatto prevista come necessaria: orbene, la domanda che occorre porsi è perché in tale ambito la presenza di uno psicologo o di uno psichiatra non è indifferibile ed essenziale, posto che il giudice non è certo più ferrato in tali materie rispetto al pubblico ministero o al difensore. La risposta, a nostro parere, va rinvenuta nella circostanza che in dibattimento l'esame è condotto nel contraddittorio delle parti, le quali possono controllare se il giudice o la controparte cercano di suggestionare il teste, se lo condizionano, se il bambino assume forme di comunicazioni non verbale ma ugualmente emblematiche e rilevanti ecc.: in sostanza, assistendo tutti i protagonisti del giudizio all'assunzione della prova gli stessi possono procedere ad una valutazione circa le modalità di conduzione della stessa ed esprimere poi il loro parere circa la veridicità e spontaneità di quanto dichiarato in relazione alle modalità con cui il minore è stato interrogato.

C'è qualcosa che impedisce alle parti processuali di esercitare le medesime facoltà di critica e di giudizio qualora l'audizione del minore - vi partecipi o meno un esperto - venga videoregistrata e tale documento sia poi messo a disposizione di chi lo richiede prima di procedere alla decisione finale?

7. In conclusione, la consapevolezza delle indiscutibili difficoltà che pone l'ascolto del minore e la cognizione delle molteplici modalità con cui questi può essere influenzato nel rendere le sue dichiarazioni suggeriscono senz'altro l'adozione di molteplici misure precauzionali onde garantire la

spontaneità e genuinità della testimonianza. Tale obiettivo però, seppur può suggerire alla parte processuale di procedere ad esame unitamente ad un psicologo o uno psichiatra infantile, non richiede necessariamente l'utilizzo di tale modalità: ciò che è essenziale – e lo è anche secondo le Carte e le diverse Convenzioni internazionali che sono intervenute in proposito – è che il colloquio venga videoregistrato e che su tale documento possa poi esercitarsi la valutazione critica del giudice e delle parti.

Solo in presenza di una mera trascrizione della testimonianza di un minore che non sia accompagnata dalla videoripresa del dialogo è corretto porsi un problema di effettiva utilizzabilità dell'atto in sede processuale ed in sede di decisione finale sulla regiudicanda: a nulla invece rileva che all'atto istruttorio abbia partecipato o meno un terzo in veste di esperto.

Si dirà che tale conclusione, forse condivisibile, è comunque messa nel nulla dalle previsioni più volte citate di cui agli artt. 351, co. 1-*ter*; art. 362, co. 1-*bis* e 391-*bis*, co. 5-*bis*, che parrebbero imporre la presenza dello psicologo o dello psichiatra. In realtà questa affermazione va oltre l'intenzione del legislatore – o, quanto meno, oltre quello che il legislatore ha saputo esplicitare con il suo intervento di riforma: è indiscutibile infatti che nessuna sanzione sul piano dell'utilizzabilità è prevista in relazione all'assunzione dei dati gnoseologici in discorso appresi in violazione della necessaria assistenza di un esperto e quindi ci pare che, nel caso in esame, debba ritenersi che le predette disposizioni – prive di qualsiasi presidio sanzionatorio a loro supporto – abbiano natura di mera raccomandazione<sup>33</sup>. In sostanza, laddove alla raccolta della testimonianza del bimbo non abbia partecipato uno psicologo o uno psichiatra la prova non è affatto inutilizzabile, bensì si deva procedere alla valutazione della genuinità delle relative dichiarazioni con particolare attenzione onde definirne l'attendibilità – al pari, ad esempio, di quanto la giurisprudenza prevede con riferimento al caso di inosservanza della disposizione che stabilisce che l'esame dei testimoni deve avvenire in modo che nessun testimone, prima di deporre, possa comunicare con alcuna delle parti o con i loro difensori o consulenti tecnici, assistere all'esame degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informato di ciò che si fa nella sala d'udienza: come è noto, secondo la giurisprudenza, in caso di mancato rispetto di tale previsione spetta al giudice decidere se ammettere comunque a deporre anche colui che abbia assi-

---

<sup>33</sup> Paventa questa conclusione, esprimendo una critica verso questa mancata sanzione dell'inosservanza, GIUNCHEDI, *Considerazioni introduttive*, cit..

stato all'intero dibattimento<sup>34</sup>.

Insomma, per il profilo in esame la novella del 2012 ha semplicemente sollecitato una maggiore attenzione nel valutare il contenuto delle dichiarazioni di un minore quando le stesse siano state assunte in maniera unilaterale da una delle parti del processo. Osservazione condivisibile se non fosse che così non si rischia di suggerire al giudice che le dichiarazioni testimoniali provenienti da maggiorenni meritano invece atteggiamenti fideistici ed una valutazione assolutamente non problematica. Quanto è lontano il nostro legislatore da un maturo approccio alla psicologia del giudicare; c'è da quasi da sperare che siano i nostri parlamentari, quando scriveranno altre norme di tal genere, a rivolgersi ad esperti...

---

<sup>34</sup> Cass., Sez. VI, 25 giugno 1986, Ratiu, in *Mass. Uff.*, n. 174334, secondo cui "non è collegata alcuna nullità o sanzione processuale, alla disposizione di cui all'art. 448 c.p.p. (nonché a quella prevista dall'art. 24 disp. reg. esec. c.p.p.) che stabilisce che l'esame dei testimoni deve avvenire "possibilmente" in modo che nessun testimone, prima di deporre, possa comunicare con alcuna delle parti o con i loro difensori o consulenti tecnici, assistere all'esame degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informato di ciò che si fa nella sala d'udienza. Tali regole comunque, riguardano soltanto quelle persone che abbiano assunto la qualità di testimoni all'inizio della udienza, per essere stati già ammessi, mentre non concernono coloro che non siano stati ancora ammessi o assumano tale qualità soltanto nel corso del dibattimento. In tal caso la decisione, ampiamente discrezionale, spetta al giudice, il quale, nella ricerca della verità, ben può ammettere a deporre anche colui che abbia assistito all'intero dibattimento e che ritiene possa essere informato del fatto per cui si procede; Cass., Sez. III, 15 giugno 1972, Clapier, in *Mass. Uff.*, n. 122071, secondo cui "l'osservanza delle prescrizioni stabilite nel terzo comma dell'art. 448 c.p.p. è subordinata alla possibilità della loro applicazione, sicché il giudice deve ammettere il teste a deporre anche se è stato presente in aula durante lo svolgimento del processo, salvo poi a valutarne l'attendibilità".